

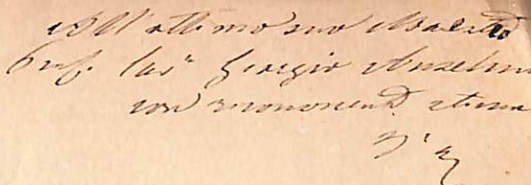


PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

500



I.

Era riservato alla critica moderna di dimostrare quanto di superficiale, d'infondato e di eccessivo vi fosse nel giudizio che solevasi dare del diritto canonico, col mettere bene in luce i principi giuridici ed economici che lo informarono, col rintracciarne

(1) Una breve, ma dotta e vigorosa critica di tali esagerazioni fu fatta dal Padelletti, *Roma nella storia del Diritto*, v. segnatamente la nota 5 (Archivio giuridico vol. XII fasc. 2 e 3 1874).

l'origine e seguirne lo sviluppo, coll'additare in qual modo e per quale estensione e con quali effetti essi siano penetrati nel campo del diritto civile (1).

Prima di venire più direttamente al nostro tema è d'uopo riassumere brevemente alcuni risultati di queste indagini, perchè essi serviranno a rischiarare molte cose che avremo a dire in seguito, le quali di per se difficilmente si intenderebbero.

È noto che nel periodo medioevale, due diritti, tacendo delle leggi particolari, tenevano il campo in Europa, cioè il diritto romano ed il diritto canonico. Ora, in quale rapporto stavano essi l'uno rispetto all'altro?

Il Clero e la Chiesa si regolavano dappertutto colla legge romana, onde solevasi dire, *Ecclesia vivit lege romana* (2). Il che è facile a spiegare, se si consideri che quella non solo aveva (a differenza dei codici delle varie genti germaniche) disposizioni speciali riguardo a loro, ma stabiliva anche in loro vantaggio molti privilegi e favori. Ma sarebbe errore il credere che il diritto romano fosse stato ricevuto dalla Chiesa tal quale esso risulta dai volumi del *Corpus juris*, senza restrizioni, senza modificazioni di sorta. Mal si sarebbe conciliato colla immensa potenza che ebbe in quel tempo la Chiesa (potenza che nessuno Stato ebbe mai) una accettazione incondizionata. Quando il suo capo proclamavasi superiore ad ogni autorità temporale, ed attribuivasi il diritto di confermare e deporre imperatori, non si sarebbe compreso che la Chiesa adottasse senza riserva le leggi che regolavano la società laica. E veramente, se ben si considera, essa non si *sottomise* al diritto romano, ma lo *accettò*, e coll'accettarlo gli diede, riguardo a se stessa, carattere ed autorità di legge. Questa autorità dunque non dipende che dall'arbitrio della Chiesa, la quale nello stesso modo con cui volle adottare, senza esservi menomamente obbliga-

(1) Il merito di tali ricerche appartiene specialmente ad Endemann, il quale con grande sagacia ed erudizione ha illustrato con diversi lavori, che avremo occasione di citare più innanzi, parecchi punti dell'arduo tema.

(2) Cod. ribuario tit. 58 § 1. Edicta Langob. C. 55. Perciò nell'interesse della Chiesa si compilarono sommari di Dir. romano, come ad es. la *Lex romana canonice composita*, scritta nel nono secolo. Stobbe Storia delle origini del Dir. germanico (traduz. Bollati) § 25 n. 7. Tuttavia nel Regno Longobardo si ha l'esempio di Chiesa ed Ecclesiastici che preferiscono di vivere a legge longobarda. Savigny, Storia del Dir. rom. nel M. E. I, n. 40.

ta, il diritto romano, così può, volendo, modificarlo come più le piaccia (1).

Tale è la posizione che la Chiesa prese di fronte a questo diritto. La conseguenza più naturale di tal fatto doveva essere questa, che essa si attribuisse l'onnipotenza nel campo del diritto; e così avvenne in realtà. Sta a dimostrarlo il Decreto di Graziano, dove è detto senza reticenze « *Constitutiones principum ecclesiasticis legibus postponendae sunt. Ubi autem Evangeliiis atque canonicis decretis non obviaverint omni reverentia dignae habeantur* (Dict. ad c. 6 D. 10) »; e l'affermava anche più energicamente Bonifacio VIII, dicendo del Romano Pontefice, che « *jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere* ». Il che insomma equivaleva a dire che le leggi temporali, di qualunque natura si fossero, in tanto valevano in quanto la Chiesa le giudicava meritevoli di approvazione.

Nè si pensi che questa podestà sconfinata che la Chiesa si arrogava si limitasse alle cose più direttamente concernenti la religione, od alle persone degli ecclesiastici. Circoscritta entro tale cerchia l'azione della Chiesa sarebbe stata troppo modesta, e poco conveniente all'impero che essa esercitava allora sopra la società. Per contro quella podestà gradatamente si estese anche alle cose affatto temporali ed ai laici. È facile spiegare come in tempi di fede ardente alla Chiesa si aprissero mille vie per istillare nei popoli l'osservanza dei suoi decreti; e come in tempi di dissolvimento sociale alla compatta e forte gerarchia ecclesiastica riuscisse agevole impresa quella di imporre la sua autorità e le sue leggi. Laonde non è da stupire, se in una data epoca della storia del diritto noi lo vediamo signoreggiato e nei suoi moventi e nelle sue manifestazioni esteriori dai principi del diritto canonico. Tutto ciò che tocca la Chiesa, il Clero, e le cose spirituali (questa era la teoria prevalente) soggiace alle leggi ecclesiastiche, e se le leggi sono disformi da quelle non meritano punto obbedienza. Il campo adunque su cui le leggi ecclesiastiche si attribuivano un assoluto dominio era assai vasto — più vasto ancora diveniva, poichè la Chiesa sola si riteneva competente a definirne i limiti. Quindi la giurisdizione sua venne sempre più estendendosi a danno di quella civile, e non vi fu sottigliezza od arte che non si adoperasse onde

(1) Cons. Schulte. *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart* (Stuttgart. 1875) I, § 20.

sottoporre alla medesima casi che erano per natura loro affatto civili (1).

Ora a questo punto è necessario vedere, almeno per ciò che riguarda più direttamente il diritto privato, le tendenze delle leggi canoniche, ed i principi che esse miravano ad infondervi. L'origine loro già di per se ci avverte, che questi dovevano derivare da teologiche speculazioni e da idee morali, perchè la confusione costante ed irrimediabile fra morale, diritto e religione è la caratteristica di ogni reggimento e di ogni legislazione teocratica.

Le leggi canoniche ebbero tra principi fondamentali questo, che il danaro non può nè deve essere fruttifero; che il volerne ricavare interessi non solo è contrario alla natura delle cose, ma anche peccato gravissimo contro la carità. Prima ancora che questo fosse un dettato delle leggi era già una delle tesi dominanti della teologia; e diventò più tardi uno degli assiomi della giurisprudenza (2). Teologi, canonisti e giureconsulti procedettero uniti per ricavare con logica inflessibile tutte le conseguenze di quel principio, ed applicarle ai casi pratici, raddoppiando d'ardore quanto più lo svolgersi dei commerci e della industria tendeva a dimostrare la erroneità del principio e la impotenza dei loro sforzi.

Per usura intendevasi qualunque cosa si percepisse oltre il capitale. L'usuraio era colpito d'infamia ed escluso dalla comunione (3). Niuno poteva ricevere obblazioni da lui, niuno affittargli una casa. Morto era escluso dalla sepoltura cristiana, e soggetto alle stesse pene degli usurai chi glie l'avesse procurata. Il suo testamento era nullo di pien diritto (4).

La usura aveva naturalmente la sua sede nel contratto di mutuo. Ma essa poteva avere origine anche da altri contratti oltre

(1) Ancora in alcuni statuti italiani troviamo formalmente riconosciuta l'autorità della Chiesa in materia puramente civile. Così ad es. nel Breve del Popolo e della Campagna di Pisa (Ediz. Bonaini 1870 vol. 2º) cap. CLXXII. « Se alcuna delle predette cose fosse in alcuna cosa contra la libertà dell' Ecclesia, infin' a ora si intende cassa e di nullo valore ».

(2) Endemann. Die nationalökonomischen Grundsätze der canonistischen Lehre (Jena 1863) §§ 2, 3, 4; e Studien in der Romanisch — Kanonistischen Wirtschafts — und Rechtslehre (Berlin 1874) Erst. B. §§ 1, 2, 3 — Troplong. Du prêt. Préf. — Pertile. Storia del Dir. it. vol. IV. (Padova 1874) § 159 pag. 552 segg. — Knies, Der Credit (Berlin 1876) VII. pag. 332 segg.

(3) Cap. 3. 19 X de usuris 5. 19.

(4) Cap. 1. 2, de usuris in 6.to 5. 5.

quello, ed esercitare, benchè in modo coperto, i suoi malefici effetti. Se adunque il divieto della legge canonica si fosse limitato alle usure dipendenti da mutuo, esso sarebbe stato incompleto, illogico e troppo facile ad eludersi. Quindi si rese necessario di intraprendere l'immane lavoro di sottoporre ad esame ogni singolo contratto, di scrutare le varie forme che esso poteva vestire, di ricercare se nella sua natura, se nel suo scopo, se negli effetti che ne potevano derivare, si celasse qualche cosa che potesse apparire come un frutto, un interesse diretto del danaro; ed impedire che ciò avvenisse (1). Quando in qualche forma di contratto si manifestasse l'*usuraria pravitas* non c'era dubbio che la Chiesa potesse proibirlo (2). Del lungo, minuto e paziente lavoro che si fece a questo scopo noi non possiamo qui descrivere, neppure a sommi tratti, le fasi. Ma ci basterà di constatare questo fatto d'immensa importanza, cioè che nella storia del diritto medioevale v'ha un'epoca nella quale nonostante l'autorità del diritto romano, dei cui insegnamenti risuonavano le Università italiane e forestiere, ed i cui dettati erano tenuti in conto di leggi positive; nonostante l'evidente fallacia di questa dottrina, si tenne fermo il divieto delle usure, senza distinzione fra laici ed ecclesiastici (3), e fu proscritto ogni lucro che, avesse o paresse avere unicamente la sua origine dal danaro.

(1) Cons. Endemann. Die nationalökon. Grunds. § 4 e Troplong l. cit.

(2) Deluca. Il Dottor volgare vol. 11. lib. v. delle usure « Non vi è materia più facile delle usure, essendo principio ricevuto presso i civilisti, i canonisti, ed i teologi che l'usura sia generalmente proibita per l'espressa proibizione che se ne ha nell'una e nell'altra legge divina, del vecchio e nuovo Testamento; per l'osservanza e per l'interpretazione della quale si son fatti i canoni, non potendosi disporre in contrario; in maniera che anche l'amplissima potestà del Papa si scorge in ciò ristretta non potendo egli dispensare dell'usura, mentre la sua potestà cade solamente sopra l'interpretazione, cioè quando la convenzione sia usuraria o non, in quel modo che generalmente si dispone in ogni altra parte della suddetta legge divina. Tutto il punto consiste nell'applicazione della detta regola per tal causa ». Le leggi civili generalmente avevano disposizioni rigorose contro le usure; agli autori di quelle che le permettessero era comminata la scomunica. Clem. un. princ. de usuris 5. 5. V. però esempi in contrario in Pertile § 159 n. 27.

(3) Da principio il divieto si applicava soltanto agli ecclesiastici, poi si estese anche ai laici. C. 14. quae. 5. Quod vero nec clericis nec laicis liceat usuras exigere — Clem. un. de usuris 5. 5. — V. Endemann Nationalökon. Grunds. § 2 e Studien § 1 pag. 11, 12.

Nella teoria dell' *id quod interest*, quale venne atteggiandosi sotto l' influenza del diritto canonico, noi troveremo le tracce evidenti di tali principi, e potremo osservare un saggio dello stato in cui la prevalenza delle leggi ecclesiastiche avevano ridotto il diritto civile.

II.

Gioverà anzi tutto, per maggior chiarezza, riassumere la dottrina dell' *id quod interest* nel diritto romano.

Il debitore il quale per propria colpa (1) lascia trascorrere il tempo nel quale era obbligato a fare la sua prestazione è in *mora*, nel senso tecnico della parola.

Effetto della mora in generale è quello, che il debitore sia obbligato verso il creditore alla prestazione dell' interesse, ossia dell' interesse che questi aveva a che l' obbligazione fosse adempiuta al tempo stabilito (.... quanti mea intersit moram factam non esse. L. 114 D. de V. O. 45. 1. Si res vendita non tradatur in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris; hoc autem interdum pretium egreditur si pluris interest, quam res valet vel empti est. L. 1 pr. D. de A. E. V. 19. 1. — omnis utilitas L. 21 § 3 eod.) (2).

Egli è chiaro adunque che non si può stabilire una regola generale che serva sempre a precisare la misura dell' interesse, dipendendo ciò essenzialmente dalle particolari circostanze di ogni singolo caso. Certo è però, che il danno o positivo o negativo che il debitore è in obbligo di risarcire al creditore deve avere la sua causa nella inesecuzione della obbligazione; onde non può aversi riguardo alla mancanza di un guadagno che solo casualmente avrebbe potuto farsi, nè tanto meno al valore che una prestazione avrebbe

(1) Tale almeno è la teoria dominante, la quale però viene combattuta da Esmarch *Inter moram solvendi et culpam a debitore prestandam quae sit differentia* (Göttinga 1852) (V. anche Krit. Vierteljahrsschrift XIV 2 H) e più recentemente da Kniep, *Die Mora des Schuldners* (Rostock 1871) Erst. B. §§ 30-40 — Cfr. Vangerow III § 588. 1.

(2) L' *omnis utilitas* si contrappone alla *rei aestimatio*, che è il semplice valore della cosa che è dovuta ne' casi in cui questa non possa essere prestata, indipendentemente da colpa o mora per parte del debitore (§ 4, Instit. De legat. 2. 20).

be assunto per una determinata persona, unicamente per motivo di affezione o di capriccio (1).

Convien tuttavia distinguere fra il caso in cui, se la prestazione fosse avvenuta a tempo debito, l'oggetto della medesima sarebbe stato colpito da un avvenimento che l'avrebbe resa inutile o fatta perdere al creditore, e quello in cui non ne sarebbe stato colpito. In quest'ultimo caso infatti è dovuto veramente l'intero interesse che la prestazione aveva pel creditore; nel primo invece è dovuto solo il *verum rei pretium*, quando il creditore, avuta la cosa al tempo stabilito, avrebbe potuto alienarla; seppure essa abbia un determinato valore commerciale. Che se la cosa non abbia un tal valore allora il creditore non potrà ottenere il risarcimento se non provando, che prima che la cosa perisse o diventasse impossibile a prestare si sarebbe a lui offerta l'occasione di venderla ad un determinato prezzo (2). (L. 15 § 3 D. de R. V. 6. 1 — L. 20 § 21. L. 40 pr. de hered. pet. 5. 3 — L. 3 § 3 D. de A. E. V. 19. 1 — L. 47 § 6 D. de Legat. 1 — L. 14 § 11 D. quod met. causa 4. 2 — L. 12 § 4 ad exhib. 10. 4 — L. 14 § 1 D. Depositi 16. 3).

Può accadere che durante la mora aumenti o diminuisca il prezzo della cosa dovuta. Se aumenta, il debitore sarà tenuto a prestare il valore attuale, a meno che egli possa dimostrare che il creditore avrebbe già prima, in caso di eseguita obbligazione, alienato la cosa. Per contro se essa diminuisce di valore, il creditore potrà pretendere il valore che la cosa aveva al principio della mora, quando però il debitore non riesca a provare, che quegli l'avrebbe venduta prima, se gli fosse stata consegnata al tempo convenuto (3) (L. 3 § 3 D. de A. E. V. 19. 1 — L. 35 Mand. 17. 1).

Se poi, fra il tempo in cui ebbe principio la mora e quello

(1) Keller Pand. §§ 254, 255 — Serafini, Istituz. di Dir. rom. II § 118.

(2) Tale è l'opinione più comunemente seguita. V. F. Mommsen. Die Lehre von der Mora (Braunschweig 1855) § 20 pag. 183 segg. — Vangerow III § 588. 3. — Windscheid Lehrb. des Pandektenr. II § 28 n. 15. — Altri autori invece attribuiscono alla *perpetuatio obligationis*, effetto della mora, più gravi conseguenze; sicchè in nessun caso il debitore possa essere liberato, perchè sia perita o divenuta impossibile la prestazione. È una questione assai antica, che rimonta fino all'epoca dei Glossatori V. Haenel. Dissensiones dominorum (1834) 138 § 23. — Madai Die Lehre v. der Mora (Halle 1835) § 45 pag. 284 segg.

(3) Mommsen § 21. Windscheid l. est. — Serafini l. cit.

della sentenza si siano verificate delle oscillazioni di prezzo, il creditore di regola dovrà limitarsi a domandare il maggior valore che la cosa ebbe in quei due momenti; ma potrà anche pretendere il massimo valore che essa abbia avuto nell'intervallo, allorchè provi che egli aveva appunto l'intenzione di venderla in quella congiuntura più favorevole, e che ne fu impedito dalla mora del debitore (1). (L. 3 § 3 L. 21 § 3 D. de A. E. V. 19. 1. L. 37 D. Mand. 17. 1). Tuttavia se si domanda una cosa tolta per causa furtiva allora si potrà sempre pretendere il maggior prezzo che la cosa abbia avuto nel frattempo; *placet... id tempus spectandum quo res unquam plurimi fuit; maxime cum deteriozem rem factam fur dando non liberatur, semper enim moram fur facere videtur*. L. 8 § 1 D. de cond. furt. 13. 1 (2).

Nel risarcimento del danno cagionato dalla mora è sempre compreso il pagamento dei frutti e degli interessi. Quanto ai frutti, il debitore dovrà prestare non solo quelli che egli abbia realmente percepito, ma anche quelli che potendo percepire, non abbia percepito per sua cōlpa. Anzi, il suo obbligo va più in là, perchè egli deve prestare anche i frutti che il creditore ne avrebbe ritratto se fosse stato in possesso della cosa, e non quei soli che egli impiegando la dovuta diligenza sarebbe stato in grado di ricavare (L. 39 § 1 D. de Legat. 1. 30 — L. 4 C. unde vi. 8. 4 — L. 62 § 1 D. de R. V. 6. 1) (3).

Se però la cosa dovuta e produttiva di frutti è perita, e si può stabilire che la medesima sarebbe perita ugualmente anche nelle mani del creditore, quando pure gli fosse stata consegnata a tempo debito, allora l'obbligo di prestare i frutti viene limitato a quel periodo di tempo che è corso dal principio della mora, fino al giorno in cui la cosa è perita.

Se oggetto della obbligazione sia una somma di danaro la mora obbliga il debitore a pagare gli interessi. L'antico diritto romano sotto questo riguardo partiva da vedute economiche assai più giuste, che non le legislazioni che fino a questi ultimi tempi ebbero

(1) Savigny. System VI § 275 segg. pag. 208 segg. — Mommsen l. cit. pag. 209.

(2) Vogliono alcuni autori generalizzare questa regola, estendendola a tutti, casi di mora. V. Arndts — Serafini § 251. 1. — Puchta. Pand. § 268. — Schupfer. Il dir. delle obblig. (Padova 1868) pag. 245.

(3) Mommsen § 23 pag. 232.

vigore in Europa. Il danaro era considerato quale cosa fruttifera per se stessa; perciò il ritardo a pagare la somma dovuta traeva con sè l'obbligo pel debitore di pagare gli interessi, senza che il creditore dovesse dimostrare che egli avrebbe potuto investirla con frutto. Nel caso di mora adunque, la regola generale era che il debitore fosse tenuto a pagare gli interessi nella misura stabilita dalle consuetudini locali, in modo però che non eccedessero la tassa legale. (L. 24 pr. D. de usu et usufr. 33, 2. — L. 32 § 2, L. 1 pr., L. 37 D. de usur. 22, 1. — L. 39 § 1 D. de legal. I. 30). Dopo la sentenza di condanna poi gl'interessi ascendono al 12 % (L. 1. Cod. de usur. r. iud. 7, 54). Anzi allorquando il creditore avesse potuto provare, che, se l'obbligazione fosse stata eseguita a suo tempo, egli avrebbe ritratto dal danaro dovutogli un frutto maggiore degli interessi legali, egli aveva diritto a pretendere eziandio un interesse maggiore; pareggiandosi anche in questo caso, l'obbligo della prestazione degli interessi a quello dei frutti (arg. L. 2. 24 C. de usur. 4. 32).

Il risarcimento del danno poi, trattisi di frutti ovvero di interessi, si ottiene coll'azione stessa che nasce dall'obbligazione nel cui adempimento il debitore sia caduto in mora; salve tuttavia quelle azioni che riguardino determinati obbietti dell'*id quod interest* (L. 49 §. 1. D. de A. E. V. 19. 1 — L. 54 pr. D. Loc. Cond. 19. 2).

III.

Queste erano dunque in compendio le teorie del diritto romano riguardo all'*id quod interest*.

Il diritto medioevale le accettò quanto alla forma, ma le modificò profondamente nella sostanza. Il che avvenne a dir vero, di quasi ogni istituto dell'antico diritto, il quale per tal modo giunse a' nostri tempi in molta parte sfigurato, ed ingombro di tanti elementi estranei aggiuntisi per via da velarne perfino in qualche punto la retta intelligenza. La ragione di questo fatto un nostro chiaro autore volle vederla in ciò, che quei vecchi giureconsulti « cercavano di adattare e di coordinare la legge al diritto nuovo, e di servire così alle esigenze della pratica (1) ». La quale osser-

(1) Schupfer. La donazione nella storia del Dir. Italiano. (Annali di Giurispr. ital. 1871, parte III. pag. 115).

vazione è senza dubbio in molta parte vera. Ma per ciò che più specialmente si riferisce al nostro argomento, e ad altri parecchi eziandio, la causa della trasformazione che ha subito l'antico diritto è, a nostro avviso, da attribuir piuttosto, come si è avvertito, alla prevalenza delle dottrine e delle leggi canoniche a cui i giureconsulti di quell' epoca non poterono sottrarsi.

Quando i confini che separano il diritto e la morale sono affatto incerti, ed è ritenuto come domma il principio che è illecito ogni lucro che non tragga la sua origine da un lavoro immediato, qual cosa più naturale che si indaghi fino a qual punto possa ammettersi il risarcimento del danno che la mora del debitore cagioni al creditore, e dove incominci la pretesa di quest' ultimo ad essere peccaminosa ed illecita? Anzi, le indagini su questo punto dovevano essere tanto più sospettose e minute, quanto più era prossimo il pericolo che sotto questa apparenza potessero celarsi le usure.

Il diritto romano aveva, equiparando gli interessi ai frutti e trattandoli ad una stessa stregua, troppo largheggiato, da quel punto di vista; bisognava quindi ritornare sulle sue orme; correggere, limitare le sue disposizioni; distinguere accuratamente caso da caso; prescrivere per mezzo di formule certe ed invariabili più stretti confini al diritto del creditore; temperare col rimedio della equità la condizione del debitore. E così a poco a poco si venne formando un sistema che messo a confronto con quello del diritto romano segna un deciso regresso, ed è più remoto che quello non sia dalle idee che prevalgono nelle nuove legislazioni.

Occorreva anzi tutto stabilire bene che cosa si dovesse intendere per *mora*. Nell' antico diritto, il concetto non ne era abbastanza preciso, tantochè potè essere possibile il dubbio che a costituirla non occorresse propriamente la colpa del debitore. Ai di nostri poi, è manifesta la tendenza, specialmente negli affari di commercio, a stabilire termini rigorosi, trascorsi i quali senza che l' obbligazione sia stata adempiuta, sorge immediatamente, senza bisogno di altra prova, l' obbligo per parte del debitore di risarcire il danno (1). Tutto l' opposto avveniva nel diritto medioevale per cui sarebbe stata assurda ed illecita la condanna del debitore al

(1) Ce ne fornisce un esempio notevole l' art. 357 cod. comm. tedesco. — Endemann, Handelsrecht p. 567.

pagamento di una somma qualunque a titolo di danni, quando non si fosse antecedentemente dimostrato che egli aveva deliberatamente, e senza che potesse addurre veruna valida giustificazione, e così per sua colpa, lasciato insoddisfatta l' obbligazione assuntasi.

Perciò la mora in tanto era produttiva di conseguenze a danno del debitore, in quanto procedeva essa stessa da una colpa grave, da equipararsi quasi ad un delitto. « *Mora equiparatur furto*, diceva Scaccia (1); *sicque morosus debitor equiparatur furi, unde sicut fur tenetur non solum rem furtivam restituere, sed etiam satisfacere pro interesse lucri cessantis, quia retinet rem invito domino; secus si eam accipiet et retinet domino consentiente, quia tunc non tenetur ad interesse lucri cessantis; ita etiam si debitor retineat pecuniam post moram, dicitur eam retinere, quasi fur invito domino, sed si eam retinet sine mora dicitur retinere de voluntate domini. Mora debet probari concludenter, cum sonet in culpam, imo sonat in furtum* (2). Ed il Deluca ». *Requiritur mora vera et regularis quae redoleat delictum positivum, sine quo poena non datur* (3).

Questo concetto figurava adunque come uno degli elementi essenziali della mora; epperchè lo troviamo accennato in tutte le definizioni che se ne davano, « *Mora nihil aliud est, quam solvendi vel accipiendi crediti iniusta et frustratoria dilatio* (4). *Mora nihil aliud est quam frustratoria, seu captiosa dilatio solutionis faciendae vel accipiendae* (5). *Mora est iniusta tarditas.... quo verbo significatur mala fides* (6).

(1) Tract. de comm. et cambio §. 1 quae. VII. pars. II. ampl. 8. n. 100.

(2) Ibid. n. 202.

(3) Theatrum veritatis et sapientiae Lib. VI. De dote, disc. CXC. n. 6. — *Mora est culpae socia*. Romana dot. super reserv. 20 Iunii 1689 (Mantissa dec. S. R. R. lib. V. dec. 2). — Piccard. Disputatio de mora n. 201.

(4) Rom. dotis 18 Martii 1699 (Mant. Dec. dec. LI. lib. VI).

(5) Richeri, codex rerum in Pedemontano Senatu judicat. lib. III. tit. V. def. XV.

(6) Cujacius. Recit. sol. XX ad tit. Dig. de usur. Cfr. Voet. XXII. 1. §. 24. — H. Cocceius Exercit. cur. I. Disput. LIX. 4. — Contius de divers. morae gener. cap. 1. 3. — Leotardus. Liber singularis de usuris et de contract. usur. coercendis. — Non deve recar meraviglia se in appoggio delle cose esposte nel testo si allegheranno frequentemente autori i quali appartengono ad un'epoca meno remota da noi. L'origine e la base delle dottrine di cui ci occupiamo è

Della mora poi, così definita si usavano distinguere due specie, la irregolare cioè e la regolare. Questa era prodotta dalla interpellazione, ovvero dalla decorrenza del termine stabilito; quella riputavasi introdotta dalla legge in favore di alcune persone privilegiate, come sarebbero, a cagion d' esempio, i pupilli, i minori, le Chiese, i luoghi pii e simili (1).

Ma quando si incorre la mora? Questo era un punto nel quale l' equità canonica comandava di procedere con molta mitezza, affinché il creditore non potesse arricchire a spese di un innocente debitore. Nè è a stupire perciò, se introducendo distinzioni e sud-distinzioni, l'una più sottile dell'altra, si finisse per rendere l'argomento pieno di difficoltà e dubbi quasi inestricabili. Quindi a ragione potè esclamare Menochio, *clamitant ubique scriptores moram magni esse ponderis, nec ad creditoris detrimentum ferendam esse, sed dubitant omnes quando morosus quis dicatur* (2).

Parecchie erano infatti le opinioni che si erano fatta strada nella giurisprudenza a questo riguardo. Era ammesso quasi generalmente che lo stabilire se la mora si fosse o no incorsa dipendesse dall' arbitrio del giudice (3), il quale però aveva a dichiararla ogni volta che si verificassero i requisiti della mora *ex re* od *ex persona*. Ma era controverso in quali casi nascesse la mora *ex re* (4); e più arduo ancora lo stabilire come per effetto della interpellazione o del decorso del termine si costituisse in mora il debitore. Pareva ai più, cioè, che una sola interpellazione dovesse

riposta veramente nel Medio Evo, ma il dominio e l' influenza loro sono durate molto tempo dappoi, cosicchè esse si trovano negli scrittori che vennero dopo riprodotte spesso integralmente, o quasi.

(1) Deluca. Dott. volg. II. lib. V. cap. 3. — Casaregis. Disc. legal. de commercio. D. 41 add. 29. — Leotard. I. cit. n. 5. 6.

(2) De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis. Lib. 11. Cent. III. cas. CCXX.

(3) Ciò sul fondamento della L. 1 princ. D. de usuris 22. 1. — Charondas Verisimilium juris lib. 3. cap. 10. — Duarenus Disput. annivers. lib. 1. cap. 41. — Robert. Aurelius Sent. juris lib. 4 cap. 15. — Saporita Comp. morae, pars. 1. n. 3.

(4) Il Menochio I. cit. ne annovera 17 casi; altri un numero maggiore; altri un numero minore.

bastare a rendere moroso il debitore (1). Ma contro questa, che era pure la *communis opinio*, si ribellavano alcuni giureconsulti, trovandola troppo dura verso il debitore, epperò sostenevano, che per lo meno si richiedessero due interpellazioni (2). Fuvvi chi si studiò di conciliare insieme queste due opinioni; ed uno dei modi escogitati a tale scopo era questo, che una sola interpellazione bastasse bensì ad incoare la mora, ma non a perfezionarla, richiedendosi oltre a ciò anche un certo spazio di tempo (3).

I dubbi si estendevano eziandio alla mora che ha luogo per la decorrenza del termine stabilito. Prevalente era, almeno in Italia, l'opinione che il debitore fosse costituito in mora per la sola decorrenza del termine; la qual regola di diritto solevasi esprimere dicendo, *dies interpellat pro homine* (4). Ma anche qui la giurisprudenza volle mitigare le conseguenze della mora in favore del debitore. Volevasi quindi fare un'eccezione alla regola generale tuttavolta che si trattasse di grave pregiudizio pel debitore, nel qual caso pareva necessario per la costituzione in mora che intervenisse anche l'interpellazione (5). Il che ammettevasi dai più, allorchè si potesse supporre che il debitore, anche trascorso il termine stabilito, poteva credere verosimilmente che il creditore non abbisognasse punto del danaro dovutogli, e quindi non pretendesse che gli fosse così presto restituito. Perocchè, dicevasi, in tal caso non si può sostenere che il debitore sia in mora; quegli soltanto essendo in mora che sa veramente, od ha fondata ragione di credere, che passato il termine egli ritiene il danaro contro la volontà

(1) Glossa e Bartolo in L. *mora* in princ. de usuris. — Tyraquellus Tract. de retract. §. 9 gloss. 3. n. 23. — Saporita c. 2. n. 27. — Cujacius in Comment. ad Afric. in L. *cum paterfamilias* 27 D. de usuris. — Piccard. n. 46. 52.

(2) Ferretus, De mora 13 segg. — Corusius, Miscell. juris lib. 2 cap. 6.

(3) Charond. cap. 10.

(4) Alexander ad L. *quoties in diem* D. de V. O. — Jason ad L. *ad diem*. eod. tit. — Scaccia §. 1. quae. VII. pars 2 ampl. 8. 112. — Casaregis disc. 41. n. 3, 54. n. 53. — Menoch. l. cit. — Surd. dec. 211 n. 14. — Leotard. Q. LXXXI n. 26. — Senato di Piemonte dec. 2 giugno 1673 e 19 novembre 1675. Prat. legale part. 2.^a t. 3 §. 33. In Francia per contro prevalse la teoria opposta, come ne fanno fede tra gli altri Ferretus. Libell. de mora, 21. Contius de div. morae gen. cap. IV. Vedi però in contrario Cujacius lib. 29 Pauli ad Ed. l. XVII e Molineus Tractat. commerciorum n. 32.

(5) Aretinus in L. *si ex legati causa* D. de V. O. — Jason. ib. n. 14.

del creditore, il quale già avesse per avventura domandato prima più volte di essere soddisfatto a scadenza del credito (1). Per tal modo procuravasi al debitore una comoda eccezione, per liberarsi dalle conseguenze di non avere pagato al tempo stabilito il proprio debito.

Ed anche all'infuori di questi casi, l'equità canonica sapeva trovare altri modi onde proteggerlo e munirlo contro le pretese del creditore. La teoria romana che obbligava il debitore al risarcimento del danno non appena fosse constatata la inesecuzione dell'obbligazione doveva parere troppo rigida e severa. Si studiò quindi il modo di temperarla col concedere al debitore, senza bisogno di speciali accordi col creditore, una dilazione, anche dopo che egli avesse lasciato trascorrere il termine senza eseguire i suoi obblighi; durante la quale la mora ed i suoi effetti rimanessero sospesi. Questa dilazione doveva essere modica; ma il precisare quanto tempo dovesse durare non era cosa facile, e quindi troviamo il più grande disparere fra i giureconsulti a questo riguardo. Il Menochio enumera ben sette opinioni diverse, che tenevano il campo (2). Secondo la prima il termine di grazia a cui aveva diritto il debitore era di un quadrimestre. La seconda lo limitava a due mesi. La terza lo riduceva a dieci, e la quarta a tre giorni (3). La quinta invece non voleva che la mora incominciasse senonchè dal giorno della contestazione della lite. La sesta, largheggiando anche di più, non la faceva decorrere che dal dì della sentenza. La settima, quella più generalmente seguita, risolveva ogni difficoltà col rimettere all'arbitrio del giudice il determinare il momento nel quale si dovesse intendere aver incominciato la mora del debitore. Nella quale indagine il giudice doveva aver riguardo alla qualità della cosa e delle persone, e considerare segnatamente se il debitore fosse povero o ricco, per concedergli a seconda dei casi un termine maggiore o minore (4).

(1) Menoch. l. cit. — Navarrus c. 2. n. 281.

(2) Lib. II. cent. 1. cas. VII.

(3) Questa era pure l'opinione di Casaregis disc. 161 n. 32.

(4) Ripa in L. *si insulam* n. 35 de V. O. — Bart. Ibid. — Leotard. Quae. LXXXIV. n. 38; Quae. LXXXV. n. 1. — Thesaurus Dec. 77 n. 3; 186 n. 3. — Rota Rom. Dec. 572. n. 2. — Rota Flor. dec. 32 n. 4 tom. VI; e dec. 82. 8. tom. VIII del Thes. Ombr. — Dalle RR. CC. del 1770 era stabilito che « oltre le dilazioni ordinarie che verranno concesse ai debitori dai Magistrati,

Questo obbligo fatto al giudice, di aver riguardo alla qualità della cosa e delle persone, non era del resto che l'applicazione di una teoria più generale, per cui la mora non produceva effetto, se non in quanto fosse assolutamente inescusabile. Nè deve intendersi con ciò, che come in diritto antico e moderno, solo il caso fortuito o di forza maggiore valessero a liberare il debitore dalla mora; poichè a tale scopo bastava che si potesse provare una certa difficoltà ad eseguire l'obbligazione, quale sarebbe la povertà (1). Vero è però, che ritenevasi da molti, che tal genere d'impedimento liberasse bensì dall'obbligo della prestazione del lucro cessante, ma non eziandio da quello della prestazione del danno emergente (2); ed altri pensavano doversi solo eccettuare il caso in cui essendo il debitore caduto in povertà, il creditore dovizioso sarebbe stato obbligato a mutuarli gratuitamente danaro (3).

È agevole lo scorgere per quello che si è detto fin qui, come dovesse riuscire non facile impresa pel creditore quella di costituire in mora il proprio debitore. Ora, alle difficoltà che a quello si opponevano, corrispondeva una grande facilità per quest'ultimo nel purgare la mora che avesse incorso. Infatti questo istituto consideravasi come un beneficio accordato al debitore e che riposasse sopra l'equità (4), in maniera che il giudice doveva, tenuto conto delle

Prefetti e Giudici per il pagamento dei loro debiti, potrà il gran Cancelliere accordargliene (*sic*) un'altra di giorni cinquanta solamente, purchè non siano sospetti di fuga, o che da essi si presti cauzione di non fuggire, e che non si tratti di crediti spettanti a vedove, pupilli, miserabili persone od altri privilegiati (Lib. 11. tit. 11. cap. 2. 6). Il Magistrato del Consolato di Torino aveva quindi stabilito la massima che le patenti di moratoria di 50 giorni ottenute dalla gran Cancelleria non debbono essere attendibili, allorchè non siasi narrato il vero stato delle cose e la precisa natura del contratto. Azuni. Dizionario della giurisprudenza mercant. al vocab. *Mora* §. 15.

(1) Tale era l'opinione dei Teologi. Affict. Dec. 20 n. 7, che troviamo seguita da Scaccia §. 1 quae VII. pars 11 ampl. 8. n. 100 e Deluca Theat. Lib. VI. De dote disc. CXC. 6. — V. pure Richeri un. civ. et crim. jurispr. t. IX §. 1105.

(2) Così ad es. la Rota di Genova, *contra pauperem et impotentem non currit interesse lucri cessantis*. Dec. 99 n. 3. Dec. 200 n. 3. — Rodericus. De ann. reit. lib. 3 quae. 5. n. 35.

(3) Leotard. Quae. LXXXIV. 34-37.

(4) Perciò non si ammetteva purgazione quando si trattasse della mora nascente da delitto, che Contius appella *plus quam mora*, e Ferretus, *mora quae nascitur de repente* (Contius de div. morae gen. cap. VI).

circostanze speciali dei singoli casi, ammettere o no la *purgatio morae*. Anzi s'era introdotto un modo speciale di purgazione, che solevasi dire *ex aequitate canonica*, allo scopo principalmente di esonerare il debitore dal pagamento della pena convenuta, allorchè la mora non avesse recato danno al creditore, qualunque si fosse l'oggetto dell'obbligazione (1).

Allorquando il creditore fosse riuscito a far dichiarare la mora del debitore, allora per ottenere il risarcimento del danno incominciavano nuovi ostacoli e nuove difficoltà, non minori di quelle che egli aveva dovuto superare per giungere fino a quel punto.

In massima era riconosciuto universalmente (2), è vero, che la mora genera per parte del debitore l'obbligo di prestare l'*id quod interest*. Ma quando si voleva stabilire l'entità del danno da risarcirsi, la cosa correva tutt'altro che facile e piana. Si doveva infatti usare ogni cautela perchè non accadesse di attribuire al creditore oltre al compenso del danno, anche un qualche lucro illecito, cioè usurario (3).

L'obbligo di prestare l'*id quod interest* non poteva fondarsi sulla nuda obbligazione, e neppure sopra il solo ritardo del debitore a soddisfare ai suoi obblighi; derivava invece dall'equità, la quale non poteva permettere che alcuno per fatto altrui venisse a sentir danno, e si convertisse il servizio che egli aveva reso ad altri in iattura dei propri interessi (4). Ma appunto per ciò, l'*id quod interest* non poteva abbracciare che il danno che si fosse effettivamente sofferto e dimostrato nel modo il più conchiudente.

(1) Bald. cons. 114 pars. n. 4. — Deluca Theat. Lib. VII. Disc. XXXVII. — Rota di Genova Dec. 204 n. 4. — Ansaldi Discursus legales de commercio, Disc. 37 n. 24. — Faber Cod. lib. IV. tit. XXIV. Def. 30. — Richeri Univ. civ. et crim. jurispr. T. IX. § 1118.

(2) Tanto dai Teologi, quanto dai Giureconsulti. V. Lessius. De justitia et jure. Lib. 2. cap. 21 n. 110. Ugolinus de usuris cap. 39 §§ 1. 2. 4. — Covarruvias. Libri variar. resolut. practic. Lib. 4. cap. 4. n. 1 e 5. — Vasquez. cap. 60. n. 22. — Rota di Genova dec. 194 *in fine*. — Leotard. Quae LXXI. n. 15. e Disputatio quid jus justinianum de usuris statuerit. Pars. II. XII. 37. — Contius cap. VIII.

(3) Così avvertiva il Leotardi «de eo quod interest disserendum suscipiamus, quod creditor patitur adversarii culpa, et hac ratione melius licitum ab illicito, id est interesse ab usuris discernere valeamus, in quo potissimum jurisperiti ars et officium versatur ». Quae. LXXI. n. 2.

(4) Leot. l. cit. n. 4.

Solevasi a tal uopo distinguere fra l'interesse del danno emergente e quello del lucro cessante (1); una distinzione che i nostri codici moderni hanno ereditato (2). Ma mentre questi riconoscono al creditore il diritto di pretendere a pari titolo così l'uno come l'altro, la questione non presentavasi tanto semplice nel Diritto medioevale. Quanto all'interesse del danno emergente teologi e giuriconsulti si accordavano nell'ammettere che esso competesse al creditore (3). Ma alcuni gli contestavano il diritto alla refezione del lucro cessante (4), sostenendo che questo era *extra rem*, o per dirla più chiaramente, che costituiva un lucro usurario. L'opinione comune però era che non lo si dovesse escludere.

Ora, in qual modo doveva il creditore provare che, per effetto della mora del debitore, gli si era reso impossibile un guadagno che altrimenti avrebbe fatto? Questo era un punto di capitale importanza, e sopra cui si trovavano discordi i giudizi dei Tribunali e degli scrittori. Vi era una teoria più rigorosa, ed un'altra più mite; quella seguita dalla Curia romana e dai Tribunali che da lei dipendevano; questa da quasi tutti gli altri e dalla maggior parte degli autori.

Ecco in che consistevano l'una e l'altra (5). Secondo la teoria più rigida non potevasi pretendere il lucro cessante, senza che si provasse in pari tempo essersi verificati alcuni requisiti, che in-

(1) V. a proposito di questa distinzione Keller Pand. § 254.

(2) Cod. civ. franc. a. 1149. — Cod. civ. alb. art. 1240. Cod. civ. it. a. 1227. Il Leotardi (l. cit. n. 3) definisce l'*id quod interest*, *accessio sortis ratione ejus quod amisimus vel lucrari non potuimus adversarii culpa*. Dicevasi il *lucrum cessans*, *amissio lucri facta a creditore ob pecuniam sibi non redditam praestituto tempore*; e il *damnum emergens*, *detrimentum quod mutuator causa solius lucri patitur*. Cfr. Sotus. Tract. de justitia et jure Lib. VI. quae. 1. n. 3. — Menoch. L. II. Cent. II. Cas. CIX.

(3) Sot. Lib. VI. quae. 1. art. 3. — Lessius II. C. 20. dub. 10. — Lupus De usuris comm. 1. § 7. n. 25. 32. — Molinaeus Tractat. commerciorum n. 28. — Ferraris. Bibliotheca can. vocab. usura n. 5. — Menoch. l. cit.

(4) V. Alciat. ad L. 81. D. de V. S. Leotard. Quae. LXXI. 7. Afferma il Gaill (Observat. pract. lib. 2. observ. VI. 2) che la Camera imperiale per costante giurisprudenza non l'ammetteva. Marquard De jure mercat. L. 2. cap. 13 de assecurat. n. 46.

(5) Deluca. Dott. volg. II. 5. cap. 3. — Id. Theat. Lib. V. Summa de usuris II. 12. segg. — Fierli. Celebriores Doct. theoriae. p. 89.

trodotti specialmente per l'autorità di Paolo di Castro (1), dal suo nome appellavansi *castrensi*. Bastava che uno solo dei medesimi mancasse, perchè non si facesse luogo al risarcimento del lucro cessante. Ed erano: 1° che il creditore fosse solito a negoziare; per il che, però, non era assolutamente necessario che si trattasse di commerciante, ma bastava provare che quegli fosse solito a non tenere ozioso il proprio danaro, solendo impiegarlo in modo lecito ed onesto; 2° che il debitore fosse realmente in mora; 3° che il creditore provasse di avere avuto l'intenzione bene determinata di investire il danaro, oggetto dell' obbligazione, in beni stabili, od in effetti fruttiferi, od in altre lucrose negoziazioni; in modo che la mora del debitore nel non pagare quello che doveva, possa dirsi causa immediata e precisa di aver perduto quell' utile che avrebbe dato l' impiego del danaro. Occorreva anzi, per ciò che riguarda quest' ultimo requisito, che la destinazione del danaro fosse nel modo più pronto portata a cognizione del debitore, affinchè egli sapesse che non pagando immediatamente il suo debito si esponeva al pericolo di dover rifare al creditore il lucro cessante (2).

La teoria meno rigorosa e più generalmente adottata differiva da quella esposta sostanzialmente in ciò, che provata la mora, non richiedeva quanto al resto prove tanto formali e specifiche, ma accontentavasi di una prova generica, fondandosi sulla considerazione che le occasioni d' impiego del danaro sono sempre pronte e che niuno si può presumere voglia tenere infruttifere le somme che ha. Questa teoria trovava la sua origine e la sua giustificazione ad un tempo nei nuovi istituti che il commercio ed il bisogno di trar profitto del danaro, nonostante il divieto delle usure, avevano creato, quali sarebbero i cambi, le rendite, ed i cosiddetti *luoghi di monte* (3).

(1) Ad L. *non utique* D. de eo quod certo loco. — Iason. in d. L. § ult. D. eod. tit.; — e ad L. *nummis in fine* D. de in lit. jur.

(2) Deluca II. cit. — Fierli pag. 88 segg. — Sot. lib. VI. quae. 16. art. 3. — Puteus Decis. 237 lib. 1. — Rubeus Cons. n. 4. — Natta. Cons. 450 n. 6. lib. 1. — Cravet. Cons. 320 n. 3, 6; e Cons. 912 n. 12 lib. 5. — Gaill. Lib. II. 6. n. 5. — Straccha. Tract. de mercatura. De contract. merc. Lib. I. respons. 82 n. 3. — Leot. Quae LXXIV — Menoch. I. cit. — Molinaeus. n. 29.

(3) V. su questo argomento Endemann. Die nationalökon. Grunds. p. 65 segg.; Studien II. § 4. — A Genova la Rota aveva abbracciato decisamente la seconda teoria, non solo riguardo ai commercianti, ma anche rispetto ai non commercianti e scusavase ne dicendo che ivi « omnes fere cives sine nobiles, sive

Secondochè il Tribunale adito seguiva l'una o l'altra di queste teorie, diversa era pure la condizione in cui veniva a trovarsi il creditore. Perocchè, supposto il caso, ad esempio, che si trattasse di un venditore verso il quale il compratore fosse in mora a pagare il prezzo della cosa venduta, se il Tribunale aveva adottato la teoria più rigorosa, egli non avrebbe potuto altrimenti conseguire gli interessi sul prezzo, se non provando e la destinazione che egli aveva deliberato di dargli, e l'avvertimento che ne avesse fatto in proposito al compratore. Se non era in grado di fornire tale doppia prova, egli allora avrebbe potuto pretendere tutt' al più quegli interessi che si dicevano *compensativi*, ed erano stati introdotti per sola ragione di equità; non essendo cosa tollerabile che il venditore restasse senza l'oggetto venduto e senza il prezzo, laddove il compratore quello si riteneva e godeva gratuitamente. Ma anche in questo caso, conveniva aver riguardo alla qualità della cosa venduta, se cioè essa fosse fruttifera o no, perchè nulla era dovuto al venditore per causa della mora se la cosa non fosse fruttifera, dato pure che essa potesse recare qualche utilità, o per delizia o per qualunque altro motivo. Questa utilità non poteva essere (almeno secondo l'avviso di molti) tenuta in conto in modo veruno, dacchè l'attribuire al venditore qualche ragione di lucro per siffatta causa avrebbe potuto parere cosa illecita moralmente, e contraria al divieto delle usure.

Che se per contro il Tribunale avesse seguito la teoria più benigna, allora il venditore poteva esigere l'interesse del lucro cessante, sia che la cosa fosse fruttifera, sia che non lo fosse, e qualunque si fosse la misura dei frutti che se ne potevano ricavare (1).

Ad ogni modo poi, raccomandavasi caldamente ai giudici la massima moderazione nel valutare l'interesse del lucro cessante, e

plebeji, sive divites, sive pauperes, sive magistratum gerentes, sive privatam vitam agentes, sive in dignitate constituti ut Doctores, sive aliusquisque, ita ut ad mulieres usque res pervenerit, adeo negotiis cambiorum et mercium incumbunt, ut unusquisque pecunias suas quantaecumque vel quantulaecumque fuerint, illae nec momento quidem temporis patiantur otiosas remanere; sed omnes indifferenter pro viribus et facultatibus negotia vel cambiorum vel mercium prae manibus semper habeant frequentissime, et valeat consequentia, est Genuensis, ergo mercator ». Dec. 139. 7. Il Fierli (l. cit.) attesta che la stessa teoria fu sempre seguita dai Tribunali di tutta Toscana.

(1) Deluca. Dott. volg. l. cit. cap. 6.

di detrarre sempre qualche cosa a quella quantità che pure apparisse provata; sia per la incertezza di tal lucro, sia per i pericoli a cui trovasi esposto, sia infine per non aver dovuto il creditore impiegare il lavoro che sarebbe stato necessario a conseguirlo (1).

Quanto al danno emergente non v'era dubbio, si è detto, che il creditore potesse pretendere l'interesse dal debitore moroso. Ma quantunque fossero assai meno gravi le difficoltà riguardo a questo, che non riguardo all'interesse del lucro cessante, tuttavia non era esclusa ogni controversia. Qui pure la Rota Romana dimostravasi, per ragioni facili ad intendersi, più che ogni altra severa contro il creditore; diffidente ed attenta a che il veleno dell'usura non si insinuasse per coperte vie nelle contrattazioni civili. Secondo la giurisprudenza da lei seguita, il creditore per ottenere il risarcimento del danno emergente doveva provare che la mora era stata la causa precisa ed immediata del danno che egli lamentava, in guisa che per causa della medesima per es. egli non avesse potuto soddisfare una qualche sua obbligazione, o dovuto vendere qualche suo bene fruttifero. Nè ciò bastava, ma richiedevasi ancora che egli provasse di aver domandato al suo debitore a tempo debito il pagamento della somma dovutagli, notificandogli l'impiego che egli disegnava di farne. Questa era la cosiddetta teorica di Mohedano, uditore di Rota sotto il Pontificato di Papa Paolo III (2).

Per contro i Tribunali indipendenti dalla Corte Romana avevano adottato la teorica detta di Ruino, secondo la quale bastava una prova generica del danno patito. Quando il creditore adunque fosse riuscito a dimostrare di avere sofferto danno *dopo* la mora, per ciò solo si presumeva che fosse *in conseguenza* della mora. Era però salva al debitore la prova in contrario, sul valore della

(1) Navarr. n. 52 *in fine*. — Leotard. Quae. LXXII. n. 47.

(2) Navarr. Lib. III. cap. 2. n. 281. — Ansaldo. Disc. C. — Deluca II. cit. — Fierli pag. 120. — Rota Romana Dec. 210 n. 3. — Osserva però il Deluca « che questa opinione viene riconosciuta troppo aspra. — Conosce ciò molto bene la medesima Rota; ma per un certo rispetto, di mantenere le opinioni antiche da lungo tempo seguitate, la mantiene. Che però da qualche tempo in quà, con maggior facilità di quello che forse per prima abbraccia la sua moderazione, quando anche senza tale interpellazione o dichiarazione espressa vi siano argomenti o verosimili congetture che il creditore si sarebbe valuto del danaro in quest'uso e non in altro; maggiormente poi con minore difficoltà, quando il danaro fosse di sua natura destinato all'impiego, ovvero all'estinzione di qualche debito, poichè in tal caso la cosa cammina più francamente ».

quale spettava all' arbitrio del giudice di decidere (1). Questi doveva tuttavia procedere con molta cautela, affinchè il creditore non venisse a conseguire alcunchè oltre il suo interesse. In caso di dubbio egli era autorizzato a deferire al creditore il giuramento sul punto, se la mora gli avesse portato danno (2). Del resto dal punto di vista di questa teoria non era strettamente necessaria la notificazione al debitore; quantunque paresse che questa fosse consigliata da ragioni di umanità (3).

Ma qualunque si fosse la giurisprudenza del Tribunale davanti a cui il creditore proponeva la sua azione contro il debitore, è abbastanza chiaro però che egli andava incontro a difficoltà nel provare il suo assunto, alcune volte più gravi, altre volte meno, ma pur sempre tali da rendere incerto o quanto meno ritardare di molto il conseguimento del suo avere. Era quindi naturale che si pensasse a modi ed espedienti atti ad eliminare tali difficoltà. A questo scopo si adoperarono: la convenzione fatta fin da principio intorno all' ammontare del danno; le clausole penali; ed il patto di stare al giuramento, ovvero anche alla semplice asserzione del creditore riguardo alla entità del suo interesse. I quali mezzi se valsero in parte a rendere più tollerabile la condizione del creditore, non però la resero del tutto sicura, dacchè infiltratosi il sospetto che essi potessero tendere a coprire qualche guadagno illecito, teologi e giureconsulti presero a trattarli con somma diffidenza, limitando i casi ed i modi nei quali si dovessero considerare per validi.

Con una convenzione aggiunta al contratto principale statuivasi che il debitore si obbligava pel caso di inadempimento per parte sua, alla refezione tanto del danno quanto del lucro (4). Lo scopo di questo *interesse conventum* era duplice, cioè di evitare il bisogno di qualunque altra interpellazione o notificazione al debitore, onde ottenere l' interesse (5); e di sfuggire alla necessità (dove era

(1) Deluca II. cil. — Fierli I. cit. — Rota flor. 6 Aprile 1691 dec. 30 n. 2. Thes. Ombr. 48. segg.

(2) Leotard. Quae. LXXV. 4. 26. — Lupus Comm. de usuris § 6 n. 30. — Secondo alcuni statuti il creditore doveva giurare quale fosse l'entità dell'interesse del danno e pel lucro, dovendo però il giudice stabilire previamente la somma fino alla quale gli si sarebbe prestata fede. Stat. di Roma, Lib. I, cap. CXI. — di Bergamo, Coll. III. cap. LXII.

(3) Leotard. I. cit. n. 5. — Rota flor. dec. 30 n. 5. Thes. Ombr.

(4) Deluca Dott. Volg. V. II. cap. 3. 4.

(5) Rota flor. dec. 36. n. 52, Thesaur. Ombr. — Fierli pag. 120 segg.

seguita la teoria più rigida) di dover dare una prova specifica e precisa del danno (1). Ritenevasi che per effetto di tal patto il debitore fosse già sufficientemente edotto che l'inadempimento della sua obbligazione sarebbe stato di danno al creditore, e che questi con tale stipulazione dimostrasse abbastanza di avere bisogno al tempo convenuto dell'oggetto dell'obbligazione. Questo era senza dubbio un vantaggio di non poco momento; e quindi è agevole a spiegare perchè l'uso di siffatte convenzioni si sia diffuso rapidamente (2).

Ma appunto perchè erano assai frequenti, si dovette curare a che l'uso non degenerasse in abuso, e per mezzo delle medesime i creditori mirassero a sottrarsi alla severità della legge che proibiva ogni guadagno che fosse o paresse usurario.

Perciò era necessario anzitutto, che l'atto col quale si stipulava *de refectione omnium damnorum et interesse* fosse sincero e senza frode, e che la convenzione fosse proporzionata al debito che si doveva estinguere, nè fosse reiterabile con più persone in somma eccedente, in maniera che il debito del mutuante servisse solo come di pretesto a coprire vere usure (3). In secondo luogo, non permettevasi, che solo perchè si era convenuto della refectione *omnium damnorum et interesse*, il creditore si ritenesse dispensato, in caso di mora del debitore, dal dare qualsiasi prova del danno che per questa causa venisse a soffrire; temendosi che per questa via egli potesse ottenere il compenso di un danno effettivamente non patito, oppure di un lucro esagerato (4). In terzo luogo poi, e per lo stesso motivo, era vietato di stabilire fin da principio l'entità del danno che il creditore sarebbe stato esposto a soffrire per causa della mora del debitore. Ma era cosa assai ardua il far osservare tale divieto. Proibita l'usura, e non ammessa la legittimità dell'interesse tranne nel caso di mora, era troppo forte la tentazione in chi volesse impiegare il proprio danaro di darlo a mutuo col patto *de refectione omnium damnorum et interesse*; di stabilire un termine per la restituzione assai più breve di quello effettivamente voluto, e quello

(1) Ansaldo. Disc. 67 n. 4. — V. anche Azuni. l. cit. § 48.

(2) Così ci attesta Leot. Quae. LXXI. n. 46; LXXXIV. n. 34. — Tuttavia non mancarono alcuni Teologi di sollevare qualche dubbio sulla loro legittimità. Id. Quae. LXXI. l. cit. e Quae. LXXII. n. 5.

(3) Deluca Dott. vol. Vol. II. lib. 5. cap. 3.

(4) Ansaldo l. cit.

trascorso, non dissenziente il debitore, farlo apparire in mora e quindi esigere da lui gli interessi della somma mutuatagli (1).

Erano anzi invalse quasi dappertutto consuetudini le quali tassavano in una certa misura questo interesse. Per quanto i teologi ed i legisti cercassero di mettere riparo a questa breccia che si andava aprendo nel domma della illecitezza delle usure, pure a lungo andare, la consuetudine fu più potente di loro, ed essi si videro costretti ad ammettere qualche temperamento (2). Infine parecchi Statuti italiani, sebbene con molta cautela, permisero che si potesse fin da principio convenire di un interesse determinato pel caso della mora (3).

(1) Cons. Pertile IV. § 159. pag. 557. n. 30; e Troplong l. cit.

(2) Si cominciò per es. a riconoscere non essere illecito lo stabilire fin da principio un certo interesse per ciò che riguarda il *danno emergente*. Navarr. n. 43. 52. — Ugol. de usuris cap. 8. § 3. n. 3. — Gaill. lib. 2. obs. 5. n. 16. — Leot. Quae LXXII. n. 3. — Si andò più oltre, e si permise anche la stipulazione di un interesse pel lucro cessante, a condizione che fosse onesto e verosimile, ed il creditore provasse in seguito che a tanto ascendesse in realtà. Leot. l. cit. 8. 9. 30. Rota di Genova dec. 331. n. 15. p. 3; dec. 372. n. 8. 9. — Al giudice spettava però sempre la facoltà di ridurlo quando gli paresse eccessivo.

(3) « Nel secolo XIII e XIV cominciò (in Italia) o per legge o per consuetudine ad aumentarsi la rata dei frutti che si dovevano riscuotere dai debitori, mentre vediamo essere allora già giunti a quattro denari per lira al mese, e al 20 per cento all'anno. Per far lecitamente questo aumento non mancò l'industria dei creditori d'immaginare un opportuno pretesto; il quale consisteva nel pattuire che non restituendosi dentro il termine di mesi sei il capitale, come già sapevano che sarebbe seguito, allora invece del solito ordinario frutto sarebbero i debitori tenuti *pro danno et interesse* a pagare *quatuor denarios pro qualibet libra singulis mensibus*. Si cominciò a tralasciare di poi questa assegnazione di termine di mesi sei e direttamente si convenne del 20 %. Questa rata dunque del 20 % divenne d'allora in poi il frutto più moderato che si esigesse ». *Della decima e delle altre gravezze della moneta e della mercatura dei Fiorentini fino al secolo XVI*. (Lisbona e Lucca 1735) Parte 2. to. 2. cap. 5. — Lo Statuto di Verona accordava pel credito dotale l'interesse del 6 % (Libro II. cap. XXVII). Quello di Pisa stabiliva pei crediti in danaro l'interesse di due denari per lira. Se l'oggetto dell'obbligazione non era danaro, era in facoltà del creditore di pretendere dal debitore moroso, *aut similem rem., aut tantum pretium quantum plus valuit res ab eo tempore quo praestantiam reddere debebat, usque ad illud tempus quando reddet et insuper expensas convenientes quas ille qui praestantiam fecit propter placitum fecerit*. Constit. usus. cap. XXXII

Un altro mezzo, di cui si valevano i creditori per assicurarsi più agevolmente il compenso dei danni, era quello di introdurre nel contratto una clausola penale, pel caso d'inadempimento per parte del debitore. Anche questa aveva per effetto di rendere non necessaria la notificazione al debitore e la precisa dimostrazione del danno patito. Però il pagamento della pena convenuta non poteva pretendersi se non in quanto si fosse provato dal debitore di aver sofferto danno, e solamente fino alla concorrente di questo danno (1). Alcuni statuti poi limitavano espressamente la misura della pena che si fosse contrattualmente stabilita (2).

(Bonaini. Statuti inediti della città di Pisa vol. 2.^o 1870) V. anche ibid. cap. XXXIII. XXXVI. — Lo Statuto di Milano accordava due soldi per lira. *De comodato* cap. XV (Berlan. Lib. Consuet. Mediolani, anni 1216. Mediol. 1868). — Lo Statuto di Parma stabiliva che il colono non poteva essere espulso dal fondo locato, anche quando non pagasse il fitto per un triennio o più, *eo salvo tamen, quod dominus exigere possit duplum debiti canonis vel ficti per quemlibet annum in quo cessaverit solvere; si steterit post terminum statutum per mensem quod non solverit fictum in duplum, per quolibet anno quo steterit ad solvendum, solvere* Lib. II (Statuta Comm. Parmae anno 1304: nei Monum. historiae ad Prov. parmensem et placentinam pertinentia). — V. per altre leggi e consuetudini fuori d'Italia Leot. Quae. LXXVII. LXXIX.

Tuttavia si dubitava seriamente se gli statuti, i privilegi, le consuetudini, così delle città come dei principi che permettersero interessi di tal fatta, senza bisogno di altra prova, valessero a scusare il creditore che per tal modo conseguisse alcunché *ultra sortem*. Alcuni autori ritenevano che sì, perchè in sostanza ciò disponendo quelle leggi e statuti fondavansi sopra una finzione, cioè presumevano essere toccato al creditore nel caso speciale quel danno che per lo più suole colpirlo, per causa della mora del debitore. Ma altri rispondevano che i principi e le autorità civili non possono fare colle finzioni che lecitamente si accresca qualche cosa alla sorte, nei casi in cui in realtà il creditore non abbia sofferto danno, e che non si può fingere contro il diritto naturale e divino. Leot. l. cit.

(1) Leot. Quae. LXXII. n. 46.

(2) Ad es. lo Statuto di Padova disponeva « *Aliqua poena non possit imponi in aliquo instrumento mutui vel in aliquo debito usurario in fraudem usurae facto ultra id quod ascenderit librae viginti pro centenarii, et in rationem centenarii pro anno et in ratione anni. Et si poena majoris quantitatis poneretur in instrumento, creditor ultra id non possit exigere licet debitor vel fidejussor renunciaverit huic statuto. Et Potestas, ejusque officiales vel alii iudices non debeant facere rationem de aliqua poena nisi usque ad summam praedictam, modo aliquo non obstante* (Lib. II. cap. XVII). *Statuimus quod poena etiam conditionalis aliqua excedere non possit quantitatem vel aestima-*

Finalmente era pure in uso di pattuire, che quanto al danno ed all'interesse, il debitore moroso sarebbe stato al giuramento da prestarsi dal creditore (1). È nota la grande importanza che il giuramento aveva nelle istituzioni giuridiche del Medio Evo (2). Perciò è facile intendere come questo mezzo si presentasse alla feconda immaginazione dei creditori siccome il più idoneo a spuntare gli ostacoli che l'equità canonica seminava loro sulla via (3).

Nel fatto poi il giuramento serviva bensì a rendere più facile la prova del danno, ma non escludeva l'obbligo pel creditore di somministrarla; perocchè si temeva che la santità del giuramento non bastasse a frenare chi volesse, contro il divieto delle leggi divine ed umane, far guadagni illeciti ed usurari (4). Perciò il giudice aveva facoltà di moderare, in base alla prova che il creditore avesse dato del danno patito, il giuramento del creditore (5); facoltà del resto, che non deve parere strana a noi che all'art. 1377 del nostro codice civile abbiamo conservato una disposizione, in virtù

tionem rei super qua vel cujus occasione poena inserta fuerit, seu promissa etiam si ex contractu multiplicari potuisset. Et huic statuto renunciari non possit (cap. XVII). — Lo statuto di Lucca voleva limitata la pena al quarto del valore della cosa dovuta (Lib. II. cap. LXX). Di più, essa non si incorreva se non dopo un mese dal termine convenuto o dalla interpellazione (Ibid.). — Lo statuto di Messina poi non permetteva che si apponesse nel contratto una pena, salvochè lo si facesse in un pubblico istrumento § 28 (Hartwig. Das Stadrecht von Messina. Cassel. 1867) V. a questo proposito. Pertile l. cit. pag. 475 n. 40.

(1) Iason, ad leg. *jusjurandum* 57, n. 2. D. de jurejurando. — Menoch. Lib. II. Cent. II. Cas. CIX. — Leot. Quae. LXXVI.

(2) Cons. per ciò che riguarda la conferma dell' obbligazione, Pertile l. cit. pag. 467 segg.

(3) Anzi, accadeva alcuna volta che il creditore si avvisasse di ricorrere a questo mezzo onde ottenere interessi di danaro mutuati, indipendentemente dalla mora, facendo giurare al debitore di pagarli. Tale espediente però difficilmente riusciva al suo effetto. Così nello statuto di Torino troviamo disposto: « ... *quod iudex Curiae Thaurini non possit vel debeat alicui personae reddere de usuris, nec ipsam personam usuras habentem audiat, etiamsi usurae juratae fuissent quamvis debitor condemnatus fuisset, ymo admittatur debitor volens probare contra confessionem vel condemnationem pro facto usurarum factum.* (Nelle Leges Municipales dei Monum. Historiae patriae. col. 637). Cfr cap. 13. X. de usuris. 5. 19; Clem. un. pr. de usuris. 5. 5.

(4) Leot. l. cit. — Menoch. l. cit.

(5) Leot. l. cit.

della quale, mentre si autorizza il giudice a fare appello alla religione ed alla coscienza dell'attore, gli si fa obbligo nello stesso tempo di non credergli che fino ad un certo limite, che egli stabilirà preventivamente.

Qualche volta poi gli Statuti ordinavano che il creditore dovesse giurare sopra l'entità del danno da lui allegato; previa sempre la tassazione per parte del giudice (1).

Si ha anche memoria, che solevasi spesso convenire fra creditore e debitore, che a determinare la quantità dell'*id quod interest* sarebbe bastata la nuda e semplice asserzione del primo (2). Naturalmente però occorre sempre che il creditore desse una prova, almeno generica, del suo interesse. Alcuni statuti però fissavano un limite fino al quale si doveva credere alla semplice asserzione del creditore (3).

(1) Così lo Statuto di Bergamo vuole: « ...interesse limiteetur et probetur sacramento taxatione iudicis cujuslibet ordinarii vel consulum justitiae praecedente; cui taxationi et juramento stari debeat ut executioni mandentur, omnia quae jurabuntur intra terminum a iudice vel a consulibus statuendum » (coll. tertia cap. XLII). — Quello di Roma « ...quantum emtor sui interesse iudicis taxatione praecedente iuraverit condemnatur; quod tamen interesse duplum pretii constituti excedere non possit. Et idem servetur contra emptorem si post rem traditam aut tradi oblatam pretium conventum solvere cesset ». (Lit. I. cap. CXI). Quello di Milano « si debitor promittat in instrumento omnes expensas et damnum se daturum absque sacramento creditoris, nec tamen cogitur praedicta solvere nisi creditor iuraverit. Sunt per legem municipalem duorum solidorum pro libra si debitum fuerit usurarium absque sacramento solvere tenetur » (cap. XV).

(2) Straccha De mercat. tit. de contr. n. 6. — Leot. l. cit. — Rota di Genova Dec. 78 n. 8.

(3) Per es. lo Statuto di Asti prescriveva « Si aliquis est vel fuit creditor in certa quantitate pecuniae alicujus, de qua appareat instrumentum, et de qua si non sit facta solutio et satisfactio ad terminum vel ad terminos notatum vel notatos sit facta promissio et obligatio de expensis, damno et interesse credendo de eis simpliciter verbo creditoris sine facto et aliqua probatione, liceat ipsi creditori pro ipso debito petere damnum et interesse suum; supra quibus et de quibus non credatur simpliciter verbo creditoris vel habentium causam ab eo, nisi usque ad quantitatem et rationem denariorum duorum pro qualibet libra et pro singulis mensibus, et usque in quantitatem praedictam ei credatur, et debitor condemnatur... Si vero aliquis sit obligatus alteri ad aliquid dandum vel faciendum quod non consistat in certa quantitate pecuniae, et si illud datum vel factum non fuerit, promisserit et se obligaverit pro damnis et interesse credendo de eisdem simpliciter verbo, illius cujus sit facta promissio et obligatio praedicta sine facto et alia

Del resto, vi erano autori i quali dubitavano della lecitezza di ambedue questi mezzi, per accertare l'*id quod interest*. Credevano alcuni, che gli Statuti e le leggi non potessero validamente prescrivere che si dovesse stare al giuramento del creditore (1). Altri poi non ammettevano che si dovesse prestar fede alla semplice asserzione. La quale ultima opinione era generalmente accolta nelle provincie di Turingia e nel Supremo Tribunale dell' Elettore di Sassonia; come pure in Ispagna ogni convenzione tendente al medesimo effetto era dalla legge regia vietata (2).

IV.

Chi rammenta come nel tempo appunto in cui prevalevano queste teorie, rinasceva il commercio, specialmente in Italia, durerà forse fatica a comprendere, come esse potessero conciliarsi colle sue tendenze e coi suoi bisogni. Con qual sicurezza avrebbe potuto vendere il commerciante le sue merci, se, non essendogliene pagato il prezzo al giorno stabilito, egli fosse stato obbligato a superare ogni specie di difficoltà per ottenere costituito in mora il suo debitore, e raggiunto questo intento, avesse ancora dovuto dibattersi contro ostacoli non minori per dimostrare l'esistenza dei requisiti castrensi, sotto pena di perdere ogni diritto al risarcimento del danno? E la lunghezza del procedimento, conseguenza inevitabile di quella congerie di prove richieste, come avrebbe potuto accordarsi con quella celerità nella risoluzione degli affari, che è condizione essenziale del commercio? Anzi, generalizzando queste osservazioni ed estendendole dalla teoria dell'*id quod interest* a tutte quelle che hanno più diretta attinenza cogli affari mercantili, si può domandare, come potesse svolgersi il commercio, quando la equità canonica riservava tutta la sua benignità pel debitore, e si rivolgeva contro il creditore, sempre sospetto di tendere a guadagni

probatione, non credetur eidem vel habenti causam ab eo de praedictis damnis et interesse ultra quantitatem quae per judicem qui de causa cognoverit fuerit taxata. Quam taxationem teneatur facere bona fide prout viderit expedire negotio, considerata conditione facti et personae (Coll. XVI. cap. 84).

(1) Leot. Quae. LXXIX. n. 28.

(2) Leot. Quae. LXXVI. n. 2. — Narbon. lib. 6. tit. 18.

usurari, tutta la severità del diritto; quando era vietata la speculazione, ed il volere ottenere qualche cosa *ultra sortem* considerato peccaminoso; quando infine, per dir tutto in una parola, si poteva agitare seriamente la questione, *an commercia regulariter sint permissa* (1)?

E ciò nonostante, il commercio risorse, si rinvigorì e raggiunse un alto grado di sviluppo. Per quali vie, e per quali modi non è qui il luogo di ricordare. Basterà avvertire che i commercianti riuniti in quelle corporazioni che furono uno degli istituti più potenti del Medio Evo, con capi e giudici e statuti propri, alla equità canonica opposero la equità che definisce la controversia *ex bono et aequo*, cioè prendendo per norma la *bona fides*, guardando piuttosto alla specialità del caso che non alle sottili categorie architettate dagli scolastici; facendo prevalere la verità al rigore, dove invece nelle cause civili tenevano il loro ferreo imperio gli *apices juris*. I quali furono molto bene definiti da Straccha « *summitas acuminata atque indivisa, nimium a singulari casu remota, non consideratis rei de qua agitur circumstantiis. Ius inflexibile, generalis definitio, subtilitas verborum, severitas legum, perdurum jus scriptum* » (2).

Ei fu in tal modo che la dottrina del risarcimento del danno per causa di mora, venne ad essere, per ciò che riguarda gli affari commerciali, meno vessatoria pel creditore, più severa pel debitore.

Disputavasi, si è veduto, se il creditore dovesse avvertire il debitore del danno che la mora gli recava, onde potesse con diritto pretendere il compenso. Ma pei commercianti la questione era risolta preventivamente in senso negativo. *Non potest dubitari* (notava Casaregis) *quin mercatorum intentio sit suas pecunias rehabendi, nam nunquam solent otiosas pecunias retinere; et haec intentio tanto magis arguitur ex stylo mercatorum qui de partitis quarum remanent ipsi creditores, solent super eis interesse computare erga suo corresponsales* (3).

(1) Scaccia. Tract. de comm. I. qu. 1 n. 45 e segg.

(2) Quom. proc. sit. P. 1. n. 6. Per lo sviluppo di questi concetti cons. Endemann. Beiträge zur Kenntniss des Handelsrechts im Mittelalter. (Zeitschrift für das ges. Handelsrecht V. B. 3 u. 4 H. 1862).

(3) Disc. legal. de comm. Disc. 41 add. n. 29. — Fierli pag. 122.

Così pure, pei commercianti non esistette mai dubbio circa la questione, se il creditore potesse chiedere al debitore non solo il danno emergente, ma anche il lucro cessante, per conseguenza della mora. Si riconosceva, e tale era la *communis opinio*, che il lucro cessante era loro dovuto sì per diritto civile che canonico, dovendo il medesimo, rispetto a loro, aversi in conto di danno emergente (1). Tuttavia la domanda doveva essere articolata prima di tutto nel libello: ed oltre a ciò occorreva che fosse data la prova del lucro cessante.

Intorno al modo poi di fornire questa prova erano discrepanti i pareri, che si possono riassumere sostanzialmente a due, di cui, come sempre, l'uno più rigoroso, l'altro meno. Parecchi autori e giudicati sostenevano, cioè, che a similitudine dei requisiti castrensi, dovesse il commerciante provare, che egli aveva in pronto un'occasione di lucrare, e che la mora del debitore fosse stata precisamente la causa per cui questa gli andò perduta (2). Questa era, come si può facilmente immaginare, l'opinione ricevuta dalla Curia e dalla Rota romana. Ma la Rota di Genova invece, e molti altri Tribunali e scrittori con essa, reputavano bastare semplicemente la prova per parte del creditore di essere egli dedito al commercio, ed uso a guadagnare un tanto per anno, onde stabilire ed il diritto al lucro cessante e la misura di tal lucro (3). Anzi sollevasi per

(1) Marquard. Lib. II. cap. VIII. De obligat. et contract. — Cacharan. Dec. Pedem. 143. — Decius cons. 441 n. 13 e 14. — Gaill. Lib. II. obs. 3. — Rota di Genova. Dec. 139. — Dec. Pisan. Baudens. Dec. 17. 3. — Menoch. loc. cit. cas. CXIX.

(2) Straccha, De contract. mercat. respons. 82. *Probare debes quod mercator habuit prae manibus merces quasdam, quibus lucratus fuisset decem, et quia caruit pecunia non potuit emere; vel alio modo potest constare, quod si habuisset illam penuniam certe luczatus fuisset decem. Nam non sequitur est mercator, et consuetus est lucrari aliquando, ergo si habuisset fuisset lucratus, quoniam possibile est, quod non esset lucratus, cum multa potuissent evenire in contrarium.* — V. anche Marquard. l. cit. — Rota di Genova dec. 139 n. 7. Ansaldi, disc. 66.

(3) *Sufficiat petentem interesse lucri cessantis probare se fuisse et esse mercatorem vel negotiatorem talis conditionis et qualitatis, et negotiatores similis conditionis et qualitatis qualis est ipse communiter lucruntur, deductis expensis, tot pro centenario singulis annis, et tantum etiam ipse si pecunias suas habuisset, de qua negotiari potuisset, lucratus fuisset verisimiliter.* Rota. Gen. Dec. 139 n. 7. — Ozasco Dec. 143 n. 5. — Surd. Dec. 259 n. 9. — Gaill. Lib. II. tit. XVI. cap. 2. § 24. — Rota flor. dec. 30 n. 34. to. 2 Thes. Ombr. Scaccia De comm. § 1 quae. 7. — Leot. Quae. LXXIV. n. 35. — RR. CC. Lib. II. tit. XVI. cap. 2. § 24.



gli affari mercantili tassare l'interesse (che ascendeva talora fino al 10 %) non solo quando si trattasse di cambiali non soddisfatte a scadenza e protestate, ma anche quando si trattasse di debiti dipendenti da contratti di merci (1). Di più ancora, era giurisprudenza invalsa presso alcuni Tribunali, come ad es. presso i piemontesi, in epoca del resto a noi molto più vicina, di accordare gli interessi stipulati alla ragion mercantile quantunque il creditore pagasse ad altri per le somme da lui imprestate l'interesse ad una rata minore, come sarebbe del 3 %, e che quindi in realtà il danno cagionatogli dalla mora del debitore fosse inferiore al risarcimento a cui questi trovavasi costretto (2).

Infine la convenzione di stare *simplici verbo seu juramento partis*, la quale incontrava difficoltà ad essere accolta negli affari civili, era invece quotidiana, come afferma Straccha (3) negli affari mercantili. Il riguardo alla buona fede, che dominava nei Tribunali di commercio, impediva che ivi si rinnovassero le dispute intorno all'efficacia di questi modi di dare la prova del danno e del lucro.

Così la giurisprudenza commerciale era riuscita ad addolcire alquanto l'asprezza della teoria dell'*id quid interest*. Ma se la si paragona tal quale essa si presenta nei libri degli scrittori di diritto commerciale e nelle decisioni delle Rote di quei tempi, con quella che appare dalle fonti del diritto romano, essa ci fornisce pur sempre un saggio della triste influenza che le idee canonistiche esercitarono nel Medio Evo sullo sviluppo del diritto privato.

Roma, che pure ebbe floridi ed estesi commerci, non aveva avuto bisogno di un diritto commerciale distinto e separato dal civile; ma questo bisogno incominciò a farsi sentire, quando per la

(1) Fierli pag. 90. — Le leggi particolari di molte piazze di commercio concedevano al possessore di una lettera di cambio gli interessi mercantili, *ministerium judicis* dal giorno del seguito protesto, senza d'uopo di formale interpellanza. V. Ordinanza del cambio di Breslavia 28 novembre 1622. — Ordin. per gli Stati austriaci dell'Imperatore Carlo VI. §§ 24. 25. — Ordin. del cambio di Brunswick art. 26. — Ordin. camb. Lipsiae § 30. — Ius camb. Guelferbyt. n. 14. — Ordin. camb. Wratislav. noviss. § 24. — Ius camb. Sveviae art. 23. — Edit de comm. de France Mars 1673 tit. 6 a. 7. — Capit. per la città di Livorno 1674 coll'aggiunta ai medesimi del 1682 § 1. — Regolam. per le cambiali di Massa e Carrara 1782 § 56. Cons. Azuni l. cit. *Int. mercant.* § 10.

(2) V. Azuni l. cit. § 16.

(3) De contract. mercat. Lib. 1 respons. 82 n. 6.

strana confusione della morale e della religione col diritto si furono intorbidate le fonti di quest'ultimo. Questa reazione che il commercio operava contro il diritto esistente, formandosi gradatamente un diritto a parte, è il segno più eloquente che quello era stato ridotto a tale da non porgere più sicurezza al libero svolgersi delle contrattazioni, e che non rispondeva più alle condizioni di una sana vita giuridica. E così essendo, chi non approverà l'osservazione di Troplong che afferma « la teologia non è sempre stata felice nelle sue applicazioni della morale alla giurisprudenza; sovente ne falsò i giudizi e male ne calcolò le conseguenze; spesso è rimasta indietro ed andò al di là del vero e del giusto per debolezza e per esagerazione. Per esempio, tutti i giureconsulti meritevoli di tal nome, sopra tutti Pothier, l'esatto, l'onesto, lo scrupoloso Pothier, diedero venti volte la taccia ai teologi ed ai canonisti di aver turbato le convenzioni sociali più lecite coi loro panici timori delle usure. È con ragione che Coquille ha detto, i canonisti trattarono l'argomento delle usure con estremo rigore e con deciso pericolo, ed avrebbero guastato ogni commercio se le Corti laicali avessero seguito la loro dottrina »? (1).

Febbraio 1876.

C. NANI.

(1) Du prêt. Préf

Estratto dall' Archivio Giuridico Vol. XVI, Fasc. 3.

Bologna. Tipi Fava e Garagnani.



115591

